

# NZA

B 4645

# Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

In Zusammenarbeit mit der  
Neuen Juristischen Wochenschrift

herausgegeben von  
Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer  
Dr. Susanne Clemenz  
Prof. Dr. Johannes Peter Francken  
Edith Gräfl  
Prof. Dr. Matthias Jacobs  
Dr. Thomas Klebe  
Prof. Dr. Eckhard Kreßel  
Prof. Dr. Mark Lembke  
Maria Britta Loskamp  
Prof. Dr. Stefan Lunk  
Prof. Dr. Dr. h. c. Ulrich Preis  
Prof. Dr. Reinhard Richardi  
Ingrid Schmidt  
Prof. Dr. Klaus Schmidt  
Prof. Dr. Jens Schubert  
Prof. Dr. Achim Schunder

[www.nza.de](http://www.nza.de)

Mit Beilage:  
Religion und Weltanschauung  
im Arbeitsleben  
14. Jahrestagung der Arbeitsgruppe EIAS

Mit Blick ins Steuerrecht



C.H. BECK

## 23/2018

10. Dezember 2018  
35. Jahrgang S. 1505 – 1576

### Aus dem Inhalt

- M. Diller/J. Günther  
Arbeitgeber-Strategien bei kriselnder Pensionskasse 1505
- V. Matthießen  
Die Rechtsprechung zum Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung in den Jahren 2016 – 2018 1509
- M. Fieseler/T. Berger  
Mitbestimmung von Maßnahmen des Gesundheitsschutzes 1520
- S. Naber/W. Schulte  
Hemmung von Ausschlussfristen nach § 203 S. 1 BGB 1526
- S. Vielmeier  
§ 117 II BetrVG als (bedrohtes) Privileg des Fliegenden Personals 1530
- EuGH  
Schutz vor Kettenbefristungen im Kulturbereich 1535
- BAG  
Fortbildungskosten eines Flugzeugführers für Schulung auf anderen Flugmustern während Annahmeverzugs des Arbeitgebers 1544
- BAG  
Gegenwarts- und zukunftsbezogene Überwachungsaufgabe des Betriebsrats 1565
- BAG  
Betriebsratstätigkeit und Rechtsanwaltskosten – Rechtsverfolgungskosten als Schadensersatz 1574



4550201823

Rechtsanwalt Martin Fieseler und Rechtsanwalt Thomas Berger\*

## Mitbestimmung von Maßnahmen des Gesundheitsschutzes

Dieser Beitrag erläutert und bewertet den Beschluss des BAG vom 28.3.2017. Er zeigt nach einer kurzen Vorstellung des Sachverhalts (II) auf, warum die Entscheidung des BAG, dass Gefährdungen für die Mitbestimmung ausreichen, richtig ist (III). Er begründet, warum sie auch europarechtlich geboten ist. Darüber hinaus geht er der vom BAG in der Entscheidung noch offen gelassenen Frage nach, wann eine Gefährdung feststeht, ohne dass sie durch eine Gefährdungsbeurteilung festgestellt ist (IV). Kritisch setzt sich der Beitrag mit der in der Entscheidung anklingenden Ansicht auseinander, dass eine Einigungsstelle selbst keine Gefährdungen feststellen könne (V) und die Mitbestimmung bei Eilmaßnahmen ausgeschlossen sein könnte (VI). Schließlich weist er auf die Mitbestimmung bei der menschengerechten Gestaltung der Arbeit hin (VII) und ordnet die weiteren für die Praxis wichtigen Aussagen des Beschlusses ein (VIII).

### I. Wichtige Entscheidung im Gesundheitsschutz

Am 28.3.2017 hat das BAG die wichtigste Entscheidung zur Mitbestimmung der Betriebsräte im Gesundheitsschutz in diesem Jahrzehnt getroffen.

Das BAG hat entschieden, dass Betriebsräte bereits bei Vorliegen einer Gefährdung nach § 87 I Nr. 7 BetrVG mitzubestimmen haben. Es bedarf insoweit nicht mehr des Vorliegens einer unmittelbaren objektiven Gefahr für die Gesundheit der Beschäftigten, um die Mitbestimmung einschließlich eines Initiativrechts der Betriebsräte auszulösen.<sup>1</sup> Eine Gefährdung genügt auch dann, wenn sich die Maßnahme auf die Grundnorm des Arbeitsschutzes des § 3 I ArbSchG stützt und nicht auf konkretisierende Rahmenvorschriften. Voraussetzung ist nach der Entscheidung allerdings, dass das Vorliegen einer Gefährdung entweder durch Gefährdungsbeurteilung festgestellt ist oder sonst feststeht.<sup>2</sup>

Damit hat der 1. Senat eine Einschränkung der Mitbestimmung, die er durch eine frühere Entscheidung von 2012 selbst erst eingeführt hatte, wieder aufgegeben. Damals hatte das BAG unter Verweis auf zwei frühere Entscheidungen ohne nähere Begründung im Übrigen postuliert, dass die Mitbestimmung im Rahmen weit gefasster Generalklauseln – wie § 3 I 1 ArbSchG – eine unmittelbare objektive Gesundheitsgefahr voraussetze.<sup>3</sup> Mit dieser Einschränkung hatte das BAG Streit über die Voraussetzungen der Mitbestimmung ausgelöst. Zusätzlich problematisch war, dass selbst sachlich begrenztere Generalklauseln wie § 3 a ArbStättV zum Teil als weit gefasste Generalklauseln angesehen wurden.

Die neue Entscheidung ist wichtig, weil sie die volle Mitbestimmung von Betriebsräten in einem für die Beschäftigten zentralen Bereich sozialer Angelegenheiten wiederherstellt. Entsprechend positiv wurde sie von einem Teil der Literatur aufgenommen.<sup>4</sup> Indem die Auslegung auch im Beschluss des BAG vom 18.7.2017 zur Mitbestimmung des örtlichen Betriebsrats bei der Anpassung unternehmenseinheitlicher Dienstkleidung zur Verringerung von gesundheitlichen Belastungen durch Hitze und Kälte bestätigt wurde,<sup>5</sup> ist für die Praxis in den nächsten Jahren die notwendige Klarheit ge-

schaffen worden und diese Auslegung kann nunmehr als ständige BAG-Rechtsprechung bezeichnet werden. Der Beschluss des ArbG Kiel zur Mindestbesetzung mit Pflegekräften vom 26.7.2017<sup>6</sup> rekurriert bereits auf die Entscheidung vom 28.3.2017 und unterstreicht ihre Bedeutung auch in diesem besonders sensiblen Feld der gesundheitsgerechten Bemessung der Personalstärke.

Möglicherweise sind deshalb Zweifel an der Richtigkeit des Ausreichens einer Gesundheitsgefährdung nicht aus der Literatur verschwunden,<sup>7</sup> was aber auch an der Gedrungenheit der Begründung dieser Kurskorrektur liegen mag. Insoweit halten wir es für hilfreich, die Begründung der Entscheidung mit Blick auf deren große praktische Relevanz in der Zukunft weiter zu unterfüttern.

### II. Der Sachverhalt

Die Entscheidung vom 28.3.2017 betraf den Spruch einer einvernehmlich zu allen Fragen des Gesundheitsschutzes eingesetzten Einigungsstelle der H&M-Filiale Gesundbrunnencenter, welcher akute Maßnahmen des Gesundheitsschutzes festlegte. Der Spruch bestimmte zB, dass Steharbeit auf maximal vier Stunden pro Schicht zu beschränken und so zu organisieren ist, dass sie sich mit bewegender Arbeit abwechselt.<sup>8</sup> Der Arbeitgeber begründete seinen Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Spruchs damit, dass die Regelungen nicht vom Mitbestimmungsrecht beim Gesundheitsschutz gedeckt seien. Dieses setze nach der BAG-Entscheidung aus dem Jahr 2012 eine Gesundheitsgefahr voraus, die nicht bestehe. Der Betriebsrat verteidigte den Spruch damit, dass bereits eine Gesundheitsgefährdung genüge und begründete dies mit der Auslegung von § 87 I Nr. 7 BetrVG und § 3 I ArbSchG. Der 1. Senat gab dem Betriebsrat in dieser Frage Recht. Den Einigungsstellenanspruch hielt er dennoch insgesamt für unwirksam.

### III. Gesundheitsgefährdung genügt

Dass die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 7 BetrVG auch bei weit gefassten Vorschriften des Gesundheitsschutzes wie § 3 I ArbSchG keine unmittelbare objektive Gesundheitsgefahr voraussetzt,<sup>9</sup> ist zutreffend. Dies ergibt die Auslegung dieser Vorschriften. Eine Gesundheitsgefährdung liegt vor, wenn der Eintritt eines Schadens für die Gesundheit als möglich erscheint. Eine Gesundheitsgefahr liegt dagegen erst vor, wenn es hinreichend wahrscheinlich ist, dass die Gesundheit Schaden nimmt.

\* Der Autor Martin Fieseler ist Rechtsanwalt bei Berger Groß Höhmann und Partner Rechtsanwälte in Berlin, der Autor Thomas Berger ist dort Partner und Fachanwalt für Arbeitsrecht. Beide Autoren vertraten den am Verfahren beteiligten Betriebsrat vor dem BAG.

1 BAG, NZA 2017, 1132 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 24 Rn. 22.

2 BAG, NZA 2017, 1132 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 24 Rn. 20, 26.

3 BAG, NJOZ 2013, 1062 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 19 Rn. 20 = NZA 2013, 752 Os.

4 Zust. Grimm, ArbRB 2017, 271; die offenen Fragen betonend Dahl, jurisPR-ArbR 36/2017 Anm. 2; Oberberg/Hien, NZA 2018, 18.

5 BAG, NZA 2017, 1615 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 25 Rn. 16 f.

6 ArbG Kiel, NZA-RR 2017, 539.

7 Zweifelnd Günther, ArbRAktuell 2017, 444.

8 BAG, NZA 2017, 1132 (1133).

9 So zuvor bereits HK-ArbSchR/Nitsche, 1. Aufl. 2014, BetrVG, § 87 Rn. 29 f.; Pieper, ArbSchR, 5. Aufl. 2011, BetrVG Rn. 17 ff., 24; Oberberg, RdA 2015, 180; Kollmer/Klindt/Schucht/Kohte, ArbSchG, 3. Aufl. 2016, § 3 Rn. 80; Schoof, AiB 9/2013, 523.

## 1. Wortlaut

Der *Senat* begründet seine Entscheidung, dass für die Mitbestimmung bei der Rahmenvorschrift des § 3 I 1 ArbSchG eine konkrete Gefährdung ausreicht, zunächst indem er auf den Wortlaut dieser Vorschrift zurückgreift: Der Arbeitgeber ist verpflichtet, „die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen.“<sup>10</sup> Der *Senat* sagt es nicht ausdrücklich, aber von einer Gefahr ist bei § 3 I 1 ArbSchG keine Rede.

Auch der weit gefasste Wortlaut der Mitbestimmungsgrundlage in § 87 I Nr. 7 BetrVG enthält keine Unterscheidung zwischen einer Gefahr und einer Gefährdung: Der Betriebsrat hat danach bei „Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften“ mitzubestimmen.

## 2. Sinn und Zweck

Der *Senat* argumentiert zudem mit dem Sinn und Zweck von § 3 I ArbSchG. Der Arbeitgeber soll „angemessene und geeignete Schutzmaßnahmen“ treffen. Diese lassen sich dann „ergreifen (...) wenn das Gefährdungspotenzial von Arbeit für die Beschäftigten bekannt ist.“<sup>11</sup> Maßgeblich dafür, welche geeigneten und angemessenen Maßnahmen des Gesundheitsschutzes präventiv zu ergreifen sind, ist das Gefährdungspotenzial. Eine Gefahr würde sich vielmals erst zu spät, nämlich unmittelbar vor Eintritt des Schadens, und oftmals überhaupt nicht vorher feststellen lassen. Man denke nur an Rückenschmerzen in Folge von Bildschirmarbeit an wenig ergonomischen Arbeitsplätzen.

Der Sinn und Zweck von § 87 I Nr. 7 BetrVG, der im Schutz der Gesundheit und des Lebens der Beschäftigten besteht<sup>12</sup> sowie darin, durch Beteiligung der Beschäftigten an den sie betreffenden Maßnahmen zum Schutze ihrer Gesundheit eine möglichst hohe Effizienz des betrieblichen Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen,<sup>13</sup> spricht gegen eine Einschränkung des Mitbestimmungsrechts durch ein zusätzliches Erfordernis einer Gefahr.

## 3. Systematik

Besonders betont der *Senat* das Argument der systematischen Auslegung:

„Rechtssystematisch besteht ein Zusammenhang mit der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG, der sich einerseits aus der Verwendung des dem Begriff der „Maßnahmen des Arbeitsschutzes“ beigefügten Attributs „erforderliche“ in § 3 I 1 ArbSchG ergibt, und andererseits aus § 5 I ArbSchG. Danach ist das Ziel der Gefährdungsbeurteilung die Ermittlung „welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind.“ Aus diesem Zusammenhang mit § 5 ArbSchG folgt der spezifische materiellrechtliche Gehalt des § 3 I ArbSchG.“<sup>14</sup>

Mit anderen Worten: Die Beurteilung der für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen *Gefährdung* zeigt auf, welche Gesundheitsschutzmaßnahmen nach § 3 I ArbSchG erforderlich sind. Damit ist die *Gefährdung* auch bei § 3 I ArbSchG der zentrale Umstand, der Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei ihrer Arbeit beeinflusst. Mithin setzt auch die Mitbestimmung bei der Festlegung der Pflich-

ten nach § 3 I ArbSchG lediglich das Bestehen einer Gefährdung voraus.

Zudem existieren noch weitere vom *Senat* nicht explizit erwähnte Normen, deren Zusammenhang mit § 3 I ArbSchG deutlich macht, dass es hier auch um Gefährdungen geht. Dazu gehört die Begriffsbestimmung in § 2 I ArbSchG, die zu den Maßnahmen des Arbeitsschutzes nach § 3 I ArbSchG auch Maßnahmen der menschengerechten Gestaltung der Arbeit zählt. Auch § 4 Nr. 1 ArbSchG, der die erforderlichen Maßnahmen weiter konkretisiert, verlangt die Vermeidung und Verringerung von Gesundheitsgefährdungen.

Besondere Erwähnung hätte die Widerlegung des in der Vergangenheit angeführten Arguments verdient, eine Einschränkung von § 87 I Nr. 7 BetrVG rechtfertige sich daraus, dass für freiwillige Betriebsvereinbarungen nach § 88 Nr. 1 BetrVG und das Mitbestimmungsrecht nach § 91 BetrVG sonst wohlmöglich kein nennenswerter Raum mehr verbliebe. Nachdem der *Senat* mit diesem Argument bereits in früheren Entscheidungen vorsichtig umgegangen war,<sup>15</sup> greift er es bei der Darstellung seiner bisherigen Rechtsprechung zwar noch einmal auf, zieht es aber für diesen Fall nicht weiter heran. Es ist auch unbegründet.

§ 88 Nr. 1 und § 91 BetrVG bezwecken, den Gesundheitsschutz zu verbessern. Es ist daher sinnwidrig, sie heranzuziehen, um ihn einzuschränken.

Zum anderen hat § 88 Nr. 1 BetrVG einen nennenswerten Anwendungsbereich. Die Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 7 BetrVG iVm § 3 I ArbSchG ist auf Maßnahmen begrenzt, die erforderlich sind. Der Maßstab der Erforderlichkeit schließt eine Uferlosigkeit dieses Tatbestands, die den Anwendungsbereich von § 88 Nr. 1 BetrVG verdrängen würde, aus.<sup>16</sup> Alle Maßnahmen, die nicht erforderlich, aber sinnvoll sind, sind der freiwilligen Mitbestimmung nach § 88 BetrVG zugänglich. Das BAG hat bereits festgestellt, dass bei bereits mitbestimmter Regelung eines den Anforderungen der jeweiligen Rahmenvorschrift genügenden Standards die Möglichkeit nicht erzwingbarer, zusätzlicher Betriebsvereinbarungen verbleibt.<sup>17</sup>

So kommen nach § 88 Nr. 1 BetrVG zB in Betracht:

- die Verwendung technischer Einrichtungen, von Werkstoffen oder von Körperschutzmitteln mit höherer Sicherheitsqualität als nach dem Stand der Technik in vergleichbaren Betrieben üblich oder die überobligatorische Freistellung von Sicherheitsbeauftragten;
- eine bessere Ausgestaltung der Arbeitsumgebung über das Mindestmaß hinaus, was Licht- und Luftverhältnisse, Raumklima, Lärm angeht<sup>18</sup>;

10 BAG, NZA 2017, 1132 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 24 Rn. 22.

11 BAG, NZA 2017, 1132 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 24 Rn. 22.

12 *Fitting*, BetrVG, 28. Aufl. 2016, § 87 Rn. 257.

13 BAGE 111, 36 = NZA 2004, 1175 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 13 Rn. 47.

14 BAG, NZA 2017, 1132 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 24 Rn. 22 mit Verweis ArbSchG/Kohle, § 3 Rn. 26 f. u. HK-ArbSchR/Blume/Faber, ArbSchG, § 3 Rn. 2.

15 Im Beschl. v. 16.6.1998, BAGE 89, 139 = NZA 1999, 49 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 7 Rn. 21, formuliert das BAG eine mögliche Annahme: „Geht man davon aus, dass das Mitbestimmungsrecht [...] voraussetzt, dass objektiv eine Gefahr von Arbeitsräumen [...] ausgeht (vgl. MünchArbR...)“; im Beschl. v. 8.6.2004, NZA 2004, 1175 Rn. 46, formuliert es, dass „möglicherweise“ kein nennenswerter Raum mehr bliebe.

16 HK-ArbSchR/Nitsche, BetrVG, § 87 Rn. 30.

17 BAGE 89, 139 = NZA 1999, 49 = AP BetrVG § 87 1972 Gesundheitsschutz Nr. 7 Rn. 21.

18 Die vorigen Bsp. entstammen *Fitting*, § 88 Rn. 17.

- Zuschüsse zum Besuch von Sportstudios;
- die Gesundheitsförderung, etwa durch Rückenschule, Raucherentwöhnung, Suchtberatung, Reha oder Beratung, auch, soweit im Betrieb nicht erforderlich<sup>19</sup>.

Auch für § 91 BetrVG, der aufgrund seines strengen Maßstabs selbst schon einen geringen Anwendungsbereich aufweist, bleibt betriebsverfassungsrechtlich noch nennenswerter Raum. Soweit man für die Mitbestimmung bei § 3 I ArbSchG eine Gesundheitsgefährdung voraussetzt, besteht ein Anwendungsbereich für solche Ziele, die über die Vermeidung und Verringerung von Gesundheitsbeeinträchtigungen hinausgehen.<sup>20</sup> Die Vorschrift hat insoweit einen eigenständigen Anwendungsbereich, als sie anders als § 87 BetrVG keinen kollektiven Tatbestand voraussetzt.<sup>21</sup> § 87 I Nr. 7 BetrVG ist arbeitsplatz-/tätigkeitsbezogen, § 91 BetrVG auf konkret betroffene Beschäftigte bezogen. Es handelt sich bei § 91 BetrVG nicht um eine präventiv wirkende Gestaltungsvorschrift, sondern lediglich um eine Korrekturmöglichkeit im Nachhinein nach Änderungen der Arbeitsbedingungen. § 87 I Nr. 7 BetrVG erlegt dem Arbeitgeber eine Initiativpflicht auf, bevor er Regelungen im Arbeits- und Gesundheitsschutz rechtmäßig erlassen kann, während § 91 BetrVG voraussetzt, dass der Arbeitgeber zunächst einseitig eine gesundheitsschutzwidrige Situation schafft; erst wenn der Betriebsrat Abhilfe-Maßnahmen zur Abwendung, Milderung oder zum Ausgleich verlangt, muss der Arbeitgeber tätig werden.

Hinzu kommt, dass § 91 BetrVG gemessen am ArbSchG durch dieses selbst einen stark minimierten Anwendungsbereich hat. Nach dem ArbSchG darf die in ihm beschriebene Situation, dass der Arbeitgeber die Arbeit zunächst so organisiert, dass Beschäftigte durch Änderungen der Arbeit, die den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit offensichtlich widersprechen, in besonderer Weise belastet werden, gar nicht mehr entstehen. Aufgrund des 1996 in Kraft getretenen § 3 I ArbSchG hat sich § 91 BetrVG insoweit quasi historisch überholt. Das hat nichts mit der weiten Mitbestimmung zu tun, sondern mit dem hohen Niveau des Arbeitsschutzgesetzes.<sup>22</sup>

Kommt es dennoch dazu, dass Arbeitsbedingungen umgestaltet werden müssen, weil sie offensichtlich den Grundsätzen der menschengerechten Gestaltung der Arbeit widersprechen, so ergibt sich diese Handlungsverpflichtung sowohl aus § 87 I Nr. 7 BetrVG iVm § 3 ArbSchG als auch § 91 BetrVG. Sind die Voraussetzungen beider Vorschriften einmal gleichzeitig gegeben, dann stehen sie nebeneinander, wie bei jeder sonstigen Anspruchskonkurrenz.<sup>23</sup> Im Schuldrecht wird auch nicht argumentiert, § 280 I BGB könne nicht gelten, weil er sich in weiten Bereichen mit § 823 I BGB deckt. Oder dass die Gefährdungshaftung des § 7 StrVG eingeengt werden müsse, damit § 823 BGB ein eigenständiger Anwendungsbereich im Straßenverkehrsrecht zukommt.

#### 4. Historie

Auch die Historie spricht für die Auslegung des BAG. § 88 Nr. 1 BetrVG galt bereits 1952 und besagte, dass durch Betriebsvereinbarung insbesondere „Maßnahmen zur Verhütung von Betriebsunfällen und Gesundheitsschädigungen“ geregelt werden konnten.<sup>24</sup> Als § 87 I Nr. 7 BetrVG 1972 in Kraft trat, sprach § 88 Nr. 1 BetrVG davon, dass „zusätzliche Maßnahmen“<sup>25</sup> freiwillig geregelt werden konnten. Dem Gesetzgeber war eine gewisse Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 88 Nr. 1 BetrVG also bewusst. 1996 trat das ArbSchG mit seinem § 3 I in Kraft. Obwohl schon damals klar war, dass damit § 87 I Nr. 7 BetrVG erstmals zum Leben erweckt wurde, hat der Gesetzgeber keine Einschränkung aufgenommen. Zuvor war der Arbeits-

schutz im Einzelnen durch Unfallverhütungsvorschriften geregelt, die die Mitbestimmung nach § 87 I Eingangssatz BetrVG häufig sperrten. Auch die BetrVG-Reform von 2001 nahm keine Einschränkung vor. Hintergrund der unzutreffenden Ansicht, die Mitbestimmung bei § 3 I ArbSchG setze eine Gesundheitsgefährdung voraus, war, dass die Vorgängervorschrift, § 120 a GewO, den Arbeitgeber zum Schutz vor Gesundheitsgefahren verpflichtete. Mit Inkrafttreten des ArbSchG ua mit seinem § 3 änderte sich dies aber grundlegend. Die gesamte Arbeitsschutzkonzeption ist seither auf die Vermeidung von Gefährdungen und Mitbestimmung des Betriebsrats ausgelegt.<sup>26</sup> Die im Wortlaut von § 120 a GewO enthaltene Voraussetzung der Gefahr durfte seither nicht auch zu § 3 I ArbSchG „mitgeschleppt“ werden.

#### 5. Europarechtlich

Die Entscheidung des BAG war auch europarechtlich geboten.

a) *Arbeitsschutzrichtlinie*. Eine richtlinienkonforme Auslegung zeigt, dass die zwingende Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 7 BetrVG bei § 3 I ArbSchG auch dann geboten ist, wenn es um Gefährdungen geht. Dies ergibt die Auslegung anhand von Art. 11 I Spiegelstrich 3 iVm Art. 6 der Arbeitsschutzrichtlinie (Richtlinie).<sup>27</sup> Ein nationales Gericht muss bei der Anwendung des nationalen Rechts, auch wenn es sich um vor der Richtlinie erlassene Vorschriften handelt, seine Auslegung soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.<sup>28</sup> § 87 I Nr. 7 BetrVG iVm Art. 3 I ArbSchG sind durch Art. 11 iVm Art. 6 der Richtlinie europarechtlich determiniert. Art. 6 der Richtlinie statuiert starke, aber sehr allgemeine Verpflichtungen der Arbeitgeber, erforderliche Maßnahmen für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Beschäftigten zu treffen.

– Art. 11 RL. *Anhörung und Beteiligung der Arbeitnehmer*.

(1) *Die Arbeitgeber hören die Arbeitnehmer bzw. deren Vertreter an und ermöglichen deren Beteiligung bei allen Fragen betreffend die Sicherheit und die Gesundheit am Arbeitsplatz. Dies beinhaltet:*

- die Anhörung der Arbeitnehmer;
- das Recht der Arbeitnehmer bzw. ihrer Vertreter, Vorschläge zu unterbreiten;
- die ausgewogene Beteiligung nach den nationalen Rechtsvorschriften bzw. Praktiken.

Art. 11 I der Richtlinie koppelt europarechtlich die relativ große Entscheidungsfreiheit in Sachfragen an verfahrensrechtliche Anforderungen.<sup>29</sup>

Die Anforderungen des Art. 11 I Spiegelstrich 3 der Richtlinie, der auf die nationalen Rechtsvorschriften abhebt, kann im deutschen Recht nur § 87 I Nr. 7 BetrVG erfüllen.<sup>30</sup> Die paritätische Mitbestimmung ist das einzige Verfahren zur ausgewogenen Beteiligung in allen Fragen betreffend die Sicherheit und die Gesundheit am Arbeitsplatz, das wir im

<sup>19</sup> Oberberg, RdA 2015, 180 (185).

<sup>20</sup> Fitting, § 91 Rn. 3 mwN.

<sup>21</sup> Fitting, § 91 Rn. 3 mwN.

<sup>22</sup> So auch Oberberg, RdA 2015, 180 (186).

<sup>23</sup> So auch Pieper, ArbSchR, BetrVG Rn. 21 f.; Fitting, § 91 Rn. 3; Oberberg, RdA 2015, 180 (186).

<sup>24</sup> Damals als § 57 BetrVG, BGBl. I 1952, 681 (688).

<sup>25</sup> BGBl. I 1972, 13 (31).

<sup>26</sup> ArbSchG/Kohte, ArbSchG § 4 Rn. 1 u. 8 mwN.

<sup>27</sup> RL 89/391/EWG des Rates v. 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit.

<sup>28</sup> EuGH, ECLI:EU:C:1994:292 = NJW 1994, 2473 Rn. 26 – Faccini Dori.

<sup>29</sup> Faber, Arbeit 1998, 203 (214).

<sup>30</sup> v. Roetten, jurisPR-ArbR 49/2004 Anm. 2.

deutschen Recht haben. Ausgewogen kommt vom Begriff des Auswiegens, der Waage. Die Waage ist nur dann ausgewogen, wenn auf beiden Seiten das gleiche Gewicht gegeben ist.

Der sprachliche Begriff der Beteiligung kann zwar verschiedene Ausformungen annehmen, nach der Richtlinie ist unter den deutschen nationalen Vorschriften aber nur die erzwingbare Mitbestimmung einschlägig. Dagegen kann nicht eingewandt werden, unter den europarechtlichen Begriff der Beteiligung fielen auch die Anhörung und Unterrichtung. Dies würde verkennen, dass die Unterrichtung in Art. 10 der Richtlinie getrennt von der ausgewogenen Beteiligung in Art. 11 I Spiegelstrich 3 der Richtlinie geregelt ist. Die Anhörung ist in Art. 11 I UA 1 alt. 1 sowie UA 2 Spiegelstrich 1 der Richtlinie geregelt. In Spiegelstrich 2 ist zudem das Recht der Beschäftigtenvertreter, Vorschläge zu unterbreiten, verankert. Die ausgewogene Beteiligung in Spiegelstrich 3 muss also ein Mehr gegenüber der Unterrichtung und der Anhörung sein. Entsprechend behandelt der *EuGH* die Instrumente getrennt voneinander.<sup>31</sup>

In dieser Vorschrift, findet das in Erwägungsgrund 12 formulierte Ziel der Richtlinie seinen regulatorischen Ausdruck:

„Es ist erforderlich, die Unterrichtung, den Dialog und die ausgewogene Zusammenarbeit im Bereich der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz zwischen den Arbeitgebern und den Arbeitnehmern bzw. ihren Vertretern durch geeignete Verfahren und Instrumente entsprechend den nationalen Rechtsvorschriften bzw. Praktiken auszuweiten.“

Die Richtlinie ist also auf die ausgewogene Zusammenarbeit und eine Ausweitung der Mitbestimmung des Betriebsrats ausgelegt. Art. 11 I der Richtlinie verlangt die Beteiligung der Beschäftigtenvertreter bei *allen* Fragen betreffend die Sicherheit und Gesundheit des Arbeitsplatzes, wie sie diese Richtlinie ua in Art. 6 versteht. Art. 6 der Richtlinie umfasst auch das Ergreifen von Maßnahmen hinsichtlich Gefährdungen. Dies zeigt zum einen die Zielbestimmung in Art. 1 der Richtlinie. Ziel der Richtlinie ist demnach die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten am Arbeitsplatz. Art. 1 II der Richtlinie spricht nicht nur von Grundsätzen für die Verhütung berufsbedingter Gefahren (alt. 1) sondern auch von Grundsätzen für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz (alt. 2) und die Ausschaltung von Risiko- und Unfallfaktoren (alt. 3). Die Sicherheit und der Gesundheitsschutz muss mehr sein als die Verhütung von Gefahren, weil man sich die 2. und 3. Alternative von Art. 1 II sonst hätte sparen können.

Art. 6 I der Richtlinie nennt die Verhütung von Gesundheitsgefahren ebenfalls nur als eine Alternative der umfassenden Verpflichtung, die für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Beschäftigten erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Die Aufzählung in Art. 6 II der Richtlinie zeigt zudem, dass es sich bei den erforderlichen Maßnahmen auch um solche gegen Gefährdungen handelt, indem sie schon die „Vermeidung von *Risiken*“ (Hervorhebung d. Verf.) einschließt (a). Sie verpflichtet weiter dazu, typische Gefährdungslagen zu vermeiden: „Berücksichtigung des Faktors ‚Mensch‘ bei der Arbeit, (...) vor allem im Hinblick (...) auf eine Abschwä-

chung ihrer gesundheitsschädigenden Auswirkungen“ (d). Schließlich sieht die Richtlinie die Ausschaltung von „*Gefahrmomenten*“ (Hervorhebung d. Verf.) vor (f).

Art. 7 der Richtlinie, der mit „Mit Schutzmaßnahmen und Maßnahmen zur Gefahrenverhütung beauftragte Dienste“ überschrieben ist, erwähnt gesondert „Schutzmaßnahmen“ einerseits und „Maßnahmen zur Verhütung berufsbedingter Gefahren“ andererseits. Auf Französisch heißen diese Dienste auch „*Services de protection et de prévention*“, auf Englisch „*Protective and preventive services*“, ohne dies auf Gefahren zu beschränken.

Zudem enthält die Richtlinie einen eigenständigen europarechtlichen Begriff der Gefahr bzw. Gefährdung. Dieser hat die Bedeutung von „*Risiken*“, was mehr dem Begriff der Gefährdung entspricht. Während Art. 1 II der Richtlinie als eine Alternative „allgemeine Grundsätze für die Verhütung berufsbedingter Gefahren“ nennt, sprechen die anderen Sprachfassungen hier von *Risiken*, so etwa die englische „*general principles concerning the prevention of occupational risks*“ oder „*la prévention des risques professionnels et la protection de la sécurité et de la santé*“ (jeweils Hervorhebung d. Verf.).

b) *Grundrechtecharta*. Diese Auslegung, dass § 3 I ArbSchG auch Gefährdungen umfasst und die Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 7 BetrVG an diese anknüpft, gebietet auch Art. 31 I GRCh.

– **Art. 31 I GRCh.** *Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen.*

Hierbei geht es entsprechend der Richtlinie um die Verhütung betriebsbedingter Unfallgefahren und die Minimierung von Unfall- und Risikofaktoren.<sup>32</sup> Die Regelung ist Ausfluss der Würde des Menschen.<sup>33</sup>

Der Anwendungsbereich von Art. 31 I GRCh ist gem. Art. 51 I 1 GRCh eröffnet, weil es um die Durchführung von Unionsrecht geht. Die Durchführung von Unionsrecht ist auch dann gegeben, wenn eine nationale Norm einen von einer europäischen Richtlinie geregelten Bereich erfasst.<sup>34</sup> Diese Voraussetzung liegt vor, weil § 3 und § 5 ArbSchG die Pflichten aus Art. 6 der Richtlinie umsetzen.<sup>35</sup>

Der Schutzbereich des Grundrechts ist eröffnet, weil es um die Arbeitsbedingungen von Beschäftigten geht. Zur Bestimmung, welche Anforderungen diese Norm an gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen in nationalen Vorschriften stellt, sind die Rechtsnormen heranzuziehen, an deren Gehalt der Konvent der Grundrechtecharta Art. 31 I GRCh ausgerichtet hat.<sup>36</sup> Dies ist zum einen die Richtlinie, die schon vor der Grundrechtecharta bestand und die in ihrem Art. 1 zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in Hinblick auf die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Beschäftigten nicht nur die Verhütung berufsbedingter Gefahren, sondern auch die Ausschaltung von sonstigen Risiko- und Unfallfaktoren nennt.<sup>37</sup>

31 *EuGH*, ECLI:EU:C:2006:238 = Slg. 2006, I-3351 = BeckRS 2006, 70306 Rn. 76 – Kommission/Österreich.

32 *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 31 Rn. 7.

33 *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, Art. 31 Rn. 2; *Meyer*, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2014, Art. 31 Rn. 12 ff.

34 *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:21 = NZA 2010, 85 = AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 14 Rn. 25 – *Küçükdeveci*.

35 BT-Drs. 13/3540, 16.

36 *Meyer*, Charta der Grundrechte der EU, Art. 31 Rn. 14.

37 *Meyer*, Charta der Grundrechte der EU, Art. 31 Rn. 15; *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, Art. 31 Rn. 7.

Des Weiteren ist nach den Erläuterungen des Sekretariats des Konventionspräsidiums auch der in Nr. 19 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer geforderte Gesundheitsschutz und die Sicherheit in der Arbeitsumwelt für die Auslegung heranzuziehen,<sup>38</sup> die auch in der Präambel der GRCh bekräftigt wird. Dabei ist über die Ausbildung, Unterrichtung und Anhörung der Beschäftigten hinaus auch deren ausgewogene Mitwirkung hinsichtlich der Risiken, denen sie unterliegen, und der Maßnahmen, die zur Beseitigung oder Verringerung dieser Risiken getroffen werden, erfasst. Die ausgewogene Mitwirkung der Beschäftigten bei der Festlegung von Maßnahmen, die zur Beseitigung oder Verringerung von Risiken getroffen werden, erfolgt nach der Konzeption des deutschen Gesetzgebers durch die paritätische Mitbestimmung der Betriebsräte.

#### IV. Wann steht eine Gefährdung sonst fest?

Das BAG hat festgestellt, dass es ausreichend ist, wenn eine Gesundheitsgefährdung entweder

- (1) feststeht oder
- (2) im Rahmen einer Gefährdungsbeurteilung festgestellt wird.<sup>39</sup>

Zwar erklärt der *Senat*, dass eine Gefährdungsbeurteilung gem. § 5 I ArbSchG für die Verpflichtung des Arbeitgebers, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu treffen, unerlässlich ist. Dies ist aber nicht so gemeint, dass die Gefährdungsbeurteilung das einzige Mittel ist, zu bestimmen, welche Maßnahmen getroffen werden müssen.<sup>40</sup> Vielmehr ist sie das zentrale Mittel, dessen Anwendung in Erfüllung der Pflicht aus § 5 I ArbSchG unerlässlich ist. Dieses Verständnis zeigt sich an der mehrfach verwendeten Aussage, dass die Gefährdung außer durch die Feststellung durch eine Gefährdungsbeurteilung auch sonst feststehen kann.<sup>41</sup> Die Grundpflicht des § 3 I ArbSchG besteht auch, wenn noch keine Gefährdungsbeurteilung durchgeführt wurde.<sup>42</sup>

Die Frage, wann denn eine Gefährdung feststeht, wenn sie nicht durch Gefährdungsbeurteilung festgestellt wird, ließ der *Senat* in seinem Beschluss vom 28.3.2017 noch offen. In seiner Folgeentscheidung vom 18.7.2017 entschied das BAG über einen Anwendungsfall des Feststehens der Gefährdung.<sup>43</sup> Ein Gesamtbetriebsrat hatte mit dem Arbeitgeber eine Kleiderordnung nach § 87 I Nr. 1 BetrVG beschlossen. Ein Betriebsrat hatte nach § 87 I Nr. 7 BetrVG iVm §§ 3, 3a ArbStättV eine Betriebsvereinbarung zum Raumklima abgeschlossen, die bei Überschreitung bestimmter Temperaturen ua den Verzicht auf Krawatten vorsah. Das BAG ging davon aus, dass die für die Mitbestimmung im Rahmen von § 3, 3a ArbStättV verlangte Gefährdung vorlag. Dies begründete es damit, dass die Arbeitgeberin dies in den Instanzen nicht problematisiert hatte.<sup>44</sup> Daneben stellt das BAG auf die Begründung des teilweise angefochtenen Einigungsstellenspruchs ab, nach der „nach Angaben der Betriebsparteien ... derzeit ca. 15 Filialen „klimakritisch“ seien“.

Damit ist ein Fall, in dem eine Gefährdung feststeht:

Das Vorliegen einer Gefährdung ist zwischen den Betriebsparteien unstreitig.

Weitere Fälle, in denen eine Gefährdung sonst feststeht, können etwa sein:

Die Arbeitsschutzbehörde hat angeordnet, einer Gefährdung abzuwehren, lässt aber das Wie offen.

Aus dem Stand von Technik, Arbeitsmedizin oder Hygiene sowie sonstigen gesicherten arbeitswissenschaftliche Erkenntnissen ergibt sich eine Gefährdung:

Derartige Erkenntnisse sind in den technischen Regeln enthalten, welche die Ausschüsse beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales (zB für den Bereich der ArbStättV der Arbeitsstättenausschuss – ASTA) ermitteln. Geht aus diesen Regeln hervor, dass Temperaturen über 30°C als Gefährdung anzusehen sind, steht diese Gefährdung fest, ohne dass hierfür eine Gefährdungsbeurteilung nötig ist.<sup>45</sup>

Ferner bedarf es zB keiner Gefährdungsbeurteilung, um festzustellen, dass dauerhafte Nachtarbeit die Gesundheit gefährdet. Dass dauerhafte Nachtarbeit gesundheitsgefährdend ist, hat das BAG bereits festgestellt.<sup>46</sup>

Erkenntnisse über Gefährdungen ergeben sich aus einer Publikation der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA), zB zu Mindestgrößen von Treppenstufen und -geländern oder zum orts- und zeitflexiblen Arbeiten.

Eine feststehende Gefährdung kann sich auch aus Erkenntnissen der Europäischen Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz (OSHA), die diese vor allem als so genannte „Facts Sheets“ herausgibt, ergeben, zB bzgl. Risikofaktoren für die Entstehung von Muskel- und Skeletterkrankungen oder Publikationen zu psychosozialen Risiken.

Arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse können sich ferner aus Vorschriften der Berufsgenossenschaften (zB DGUV-Vorschrift 1) oder DIN-Normen ergeben.

Darüber, ob eine Gefährdung feststeht, kann die Einigungsstelle entscheiden. Der Begriff der Gefährdung ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Über dessen Auslegung und das Vorliegen seiner tatsächlichen Voraussetzungen entscheidet die Einigungsstelle. Vom unstreitigen Vorliegen einer Gefährdung muss auch die Einigungsstelle ausgehen können.

#### V. Einigungsstelle befindet über Feststehen von Gefährdungen

Der *Senat* verneint im Fall das Vorliegen einer Gefährdung. Dies ist angesichts der von ihm aufgestellten Obersätze nicht komplett nachvollziehbar. Zwar kam es auf das Vorliegen einer Gefährdung nicht mehr an, weil der *Senat* den Spruch insgesamt bereits aus anderen Gründen – dem Mangel der Bestimmtheit des Regelungsauftrags – für unwirksam hielt.<sup>47</sup> Dennoch ist die Aussage unzutreffend, dass keine Gefährdung vorlag.

38 Meyer, Charta der Grundrechte der EU, Art. 31 Rn. 17.

39 BAG, NZA 2017, 1132 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 24 Rn. 20 u. 26.

40 BAG, NZA 2017, 1132 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 24 Rn. 22; zuvor bereits LAG Hamburg, Beschl. v. 20.1.2015 – 2 TaBVGa 1/15, BeckRS 2015, 68466 Rn. 113 oder LAG Niedersachsen, Beschl. v. 11.1.2017 – 13 TaBV 109/15, BeckRS 2017, 103691 Rn. 81.

41 BAG, NZA 2017, 1132 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 24 Rn. 20 u. 26.

42 Kohle, jurisPR-ArbR 51/2017 Anm. 2, D.

43 BAG, NZA 2017, 1615 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 25.

44 BAG, NZA 2017, 1615 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 25 Rn. 17.

45 So auch Kohle, jurisPR-ArbR 51/2017 Anm. 2, C.

46 BAGE 153, 378 = NZA 2016, 426 = AP ArbZG § 6 Nr. 14 Rn. 18, 41.

47 BAG, NZA 2017, 1132 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 24 Rn. 13–15. Dazu s. unten VII.

Die Ansicht des *Senats* stützt sich zunächst darauf, dass keine Gefährdungen durch Gefährdungsbeurteilung festgestellt worden seien. Dem *Senat* zufolge habe die Einigungsstelle selbst keine Beurteilung der Gefährdungen, denen die Beschäftigten ausgesetzt waren, vornehmen können.<sup>48</sup> Der Adressat der Pflicht, die Gefährdung der Beschäftigten zu ermitteln, ist nach § 5 ArbSchG der Arbeitgeber. Der Betriebsrat hat ein Mitbestimmungsrecht dabei, wie die Gefährdungsbeurteilung durchgeführt wird.<sup>49</sup> Vorliegend bestand indes noch keine Regelung darüber. Die Einigungsstelle hatte daher, einschließlich des als Beisitzer bestellten Vertreters des Arbeitgebers, einen Rundgang in der Filiale gemacht. Bei diesem waren verschiedene Gefährdungen aufgefallen.

In einer solchen Situation darf sich der Arbeitgeber offenkundigen Gefährdungen nicht versperren und die Anforderungen an eine Gefährdungsbeurteilung dürfen auch nicht überstrapaziert werden. Eine (Teil-)Gefährdungsbeurteilung kann bereits der bloße Akt des Betrachtens und Erkennens einer Situation oder eines Zustands sein, der Gefährdungen für Beschäftigte mit sich bringt. Dem stehen auch nicht § 5 ArbSchG und der durch diese Vorschrift umgesetzte Art. 6 III Buchst. a der Richtlinie entgegen. Der Grad der Komplexität der Gefährdungsbeurteilung hängt von der Komplexität der Bewertung der Gefährdung und der Ermittlung der Schutzmaßnahmen ab, wobei über den Ablauf der Gefährdungsbeurteilung und die Maßnahmen der Betriebsrat mitbestimmt. Aufgrund des europarechtlichen Erfordernis der richtlinienkonformen Gesetzesauslegung muss das BAG die Frage, was eine Gefährdungsbeurteilung ist, dem *EuGH* vorlegen, wenn es deren Begriff enger auszulegen beabsichtigt und die Frage, anders als hier, entscheidungserheblich ist.

Angesichts der vom *Senat* entwickelten Rechtsprechung hätte er eine Gefährdung auch über die Fallgruppe ihres Feststehens annehmen können und müssen. Die Einigungsstelle hatte bei ihrem Rundgang verschiedene Gefährdungen erkannt, die damit feststehen dürften. Das *LAG Berlin-Brandenburg* hatte bezüglich der Bestimmung des Spruchs, dass stehende und bewegende Arbeit abgewechselt werden müssen, ein Feststehen einer Gesundheitsgefahr erkannt.<sup>50</sup> Diese hatte es mit entsprechenden Feststellungen der Berufsgenossenschaft in einer ihrer Publikationen begründet. Dies hätte auch für das Feststehen einer Gefährdung reichen müssen; dem geht der *Senat* aber nicht weiter nach.

## VI. Mitbestimmung bei Eilmaßnahmen

Soweit die Ausführungen des *Senats* so verstanden werden können, dass die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 7 BetrVG sich nicht auf Regelungen zu „Eilmaßnahmen“ im Sinne einer unverzüglichen Behebung von Gefährdungen oder Gefahren beziehe,<sup>51</sup> scheint uns das zu weitgehend. Überzeugende Gründe gibt es hierfür nicht. Der aus Sicht des *Senats* wohl fehlenden Mitbestimmung bei Eilmaßnahmen stellt er die Mitbestimmung im präventiven Gesundheitsschutz gegenüber. Er argumentiert, die Anordnungen unaufschiebbarer Maßnahmen sei nach § 22 ArbSchG Sache der Behörden.<sup>52</sup>

Warum sollte aber die Mitbestimmung ausgeschlossen sein, nur weil eine Regelung besonders dringend ist? Dann bedarf es erst recht der (schnellen) Mitbestimmung, sofern sie nicht unmöglich ist. Auch bei Eilfällen besteht ein Mitbestimmungsrecht.<sup>53</sup> Hinzu kommt, dass die Mitbestimmung und die Aufsicht durch Behörden zwei parallele, sich ergänzende, nicht aber ausschließende Wege sind, den Arbeitsschutz sicherzustellen. Genauso wenig wird die Mitbestimmung bei der Einführung von zur Verhaltenskontrolle geeigneten tech-

nischen Einrichtungen dadurch ausgeschlossen, dass die Aufsichtsbehörde die Möglichkeit hat, Maßnahmen anzuordnen. Die Mitbestimmung ist erst ausgeschlossen, wenn und soweit eine solche Anordnung ergangen ist.

Ein solcher Ausschluss wäre auch praktisch eine für einen Betriebsrat unschöne Lösung. Wird ihm ein dringend erforderlicher Handlungsbedarf zugetragen, wäre er im Falle eines erfolglosen Begehrens an den Arbeitgeber als einziges Mittel darauf verwiesen, die Behörde einzuschalten. Zwar ist zu beachten, dass er zur Zusammenarbeit mit der Behörde berechtigt und durch § 89 BetrVG verpflichtet ist. Eine Meldung wird seitens der Arbeitgeber aber häufig als Affront angesehen, der für die vertrauensvolle Zusammenarbeit nicht gerade förderlich ist.

## VII. Mitbestimmung auch bei menschengerechter Gestaltung der Arbeit

Einen wichtigen Aspekt spart die Entscheidung aus: Nach § 2 I ArbSchG gehört auch die menschengerechte Gestaltung der Arbeit zu den Maßnahmen des Arbeitsschutzes. Was hiermit gemeint sein muss, zeigt die Arbeitsschutzrichtlinie in ihrem Art. 6 II d:

„[Die] Berücksichtigung des Faktors „Mensch“ bei der Arbeit, insbesondere bei der Gestaltung von Arbeitsplätzen sowie bei der Auswahl von Arbeitsmitteln und Arbeits- und Fertigungsverfahren, vor allem im Hinblick auf eine Erleichterung bei eintöniger Arbeit und bei maschinenbestimmtem Arbeitsrhythmus sowie auf eine Abschwächung ihrer gesundheitsschädigenden Auswirkungen;“

Auf Englisch heißt diese Pflicht noch anschaulicher „adapting the work to the individual“. Auch diesem Ziel dienen die Maßnahmen nach § 3 I ArbSchG. Daher hat der Betriebsrat auch hinsichtlich solcher Maßnahmen des Gesundheitsschutzes mitzubestimmen, die die Arbeit „menschengerechter“ machen. Dies gilt nach der Entscheidung zumindest dann, wenn eine Gesundheitsgefährdung feststeht. Es spricht auch Einiges dafür, die Mitbestimmung bei § 3 I ArbSchG auch auf Fälle zu beziehen, in denen eine Gesundheitsgefährdung nicht feststeht. Nach § 3 I ArbSchG sind Maßnahmen des Arbeitsschutzes auch Maßnahmen der menschengerechten Gestaltung der Arbeit. Diese setzt nicht zwingend eine feststehende Gefährdung voraus. Art. 6 II d der Richtlinie, der § 4 Nr. 3 ArbSchG zugrunde liegt, zählt darüber hinaus einerseits die Abschwächung der gesundheitsschädigenden Auswirkungen und andererseits die Erleichterung bei eintöniger Arbeit als zwei verschiedene Ziele der Berücksichtigung des Faktors „Mensch“ auf. Außerdem ist bei der Auslegung von § 3 I ArbSchG zu berücksichtigen, dass nach Art. 31 der GRCh jeder Beschäftigter nicht nur das Recht auf gesunde und sichere, sondern auch auf *würdige* Arbeitsbedingungen hat.

48 BAG, NZA 2017, 1132 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 24 Rn. 23.

49 BAGE 111, 36 = NZA 2004, 1175 = AP BetrVG § 87 1972 Gesundheitsschutz Nr. 13.

50 LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 25.3.2015 – 23 TaBV 1448/14, BeckRS 2015, 68950.

51 BAG, NZA 2017, 1132 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 24 Rn. 24.

52 BAG, NZA 2017, 1132 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 24 Rn. 24.

53 LAG Niedersachsen, NZA-RR 2017, 536 Rn. 63 mwN.

### VIII. Weitere Punkte

Erwähnenswert ist an der Entscheidung vom 28.3.2017 ferner, dass das BAG bekräftigt, dass die Betriebsparteien und die Einigungsstelle gerade im Gesundheitsschutz nicht nur Regelungs- sondern auch Rechtsfragen zu behandeln haben.<sup>54</sup> Der Gegenstand der Einigungsstelle muss des Weiteren klar gefasst sein.<sup>55</sup> Der Grund hierfür ist, dass beurteilt werden können muss, in welchem Bereich die Mitbestimmung erledigt ist und in welchem noch nicht. Es ist daher empfehlenswert, ausdrücklich eine Bestimmung zum sachlichen Geltungsbereich in einen Spruch aufzunehmen. Allerdings kann auch ein in einem Spruch benanntes Regelungsthema als ein Bereich eines pauschal gefassten Gesamtauftrags und als dessen einvernehmliche Beschränkung verstanden werden.<sup>56</sup> Dazu muss aber der konkrete Mitbestimmungsgegenstand des beschränkten Bereichs seinerseits hinreichend klar ersichtlich sein.

### IX. Fazit

1. Die Entscheidung vom 28.3.2017 stärkt die Mitbestimmung im Gesundheitsschutz und reiht sich damit in eine Reihe von Entscheidungen ein, in denen der Senat die Mitbestimmung bei Rahmenvorschriften anerkannte. In der zweiten Bildschirmarbeitsverordnungs-Entscheidung wies das BAG bereits 1996 die Ansicht zurück, § 120 a GewO könne keine Rahmenvorschrift iSd § 87 BetrVG sein.<sup>57</sup> Die Otis-Entscheidung zum Beseitigungsanspruch erkannte 1998 an, dass § 2 I VBG 1 eine Rahmenvorschrift darstellt.<sup>58</sup> 2004 bestätigte das BAG die Mitbestimmung bei Gefährdungsbeurteilung und Unterweisung (§§ 5 und 12 ArbSchG).<sup>59</sup> Lediglich 2012 riss aus dieser Rechtsprechungslinie aus. Dies hat der Senat nun richtigerweise korrigiert. Dies ge-  
 tet auch die Auslegung von § 87 I Nr. 7 BetrVG iVm § 3 I ArbSchG anhand der Arbeitsschutzrichtlinie und dem Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen.

2. Die Gesundheitsgefährdung, die für die Mitbestimmung im Gesundheitsschutz genügt, kann sich neben der Feststellung in einer Gefährdungsbeurteilung anhand von arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen ergeben. Eine Gesundheitsgefährdung ist anzuerkennen, wenn sie zwischen den Betriebsparteien unstreitig ist.

3. Dies gilt auch für die Feststellung einer Gefährdung durch die Einigungsstelle. Im Fall des Streits kann die Feststellung der Gefährdung durch die Einigungsstelle verbindlich festgestellt werden, falls die Einigungsstelle nicht über die Sachkompetenz selbst verfügt unter Hinzuziehung externen Sachverständigen. Das Mitbestimmungsrecht besteht auch für Eilmaßnahmen. Viel spricht dafür, dass ein Mitbestimmungsrecht, einschließlich Initiativrecht, hinsichtlich der menschengerechten Gestaltung der Arbeit auch besteht, soweit eine Gefährdung nicht feststeht. ■

54 BAG, NZA 2017, 1132 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 24 Rn. 12.  
 55 BAG, NZA 2017, 1132 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 24 Rn. 12 ff.  
 56 BAG, NZA 2017, 1132 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 24 Rn. 14.  
 57 BAGE 82, 349 = NZA 1996, 998 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 5 Rn. 40.  
 58 BAGE 89, 139 = NZA 1999, 49 = AP BetrVG § 87 1972 Gesundheitsschutz Nr. 7 Rn. 21.  
 59 BAGE 111, 36 = NZA 2004, 1175 = AP BetrVG § 87 1972 Gesundheitsschutz Nr. 13 Rn. 47: „Der Betriebsrat ist nach der Rechtsprechung des BAG generell auch dann zu beteiligen, wenn keine konkrete Gesundheitsgefährdung feststellbar ist (...).“

## Kommentar

Rechtsanwalt Dr. Sebastian Naber und Rechtsanwalt Dr. Willem Schulte\*

### Hemmung von Ausschlussfristen nach § 203 S. 1 BGB

Ausschlussfristen gehören zum arbeitsvertraglichen Marktstandard. Daher überrascht es wenig, dass sich die Arbeitsgerichte regelmäßig mit Ausschlussfristen befassen müssen. Geht es dabei meist darum, ob eine Ausschlussfrist einer AGB-Kontrolle standhält, hat der 5. Senat des BAG jüngst – und um es vorwegzunehmen: zu Unrecht – entschieden, dass eine Ausschlussfrist „entsprechend“ § 203 S. 1 BGB gehemmt werden kann.

#### I. Urteil des BAG vom 20.6.2018 – 5 AZR 262/17

Der Sachverhalt, der der Entscheidung zugrunde liegt, ist schnell berichtet:

Es ging darum, ob eine arbeitsvertragliche Ausschlussfrist der Durchsetzung eines Anspruchs entgegenstand. Die Frist von drei Monaten, innerhalb derer der Anspruch nach der Ausschlussfrist hätte geltend gemacht werden müssen, war „eigentlich“ verstrichen, so dass zu entscheiden gewesen wäre, ob die Ausschlussfrist wirksam ist oder nicht. Der 5. Senat befasst sich indessen mit dieser Frage nicht, weil er zu dem Ergebnis kommt, dass § 203 S. 1 BGB entsprechend auf Ausschlussfristen anzuwenden sei. Die Ausschlussfrist sei daher gehemmt und der

Anspruch könne – ungeachtet der (Un-)Wirksamkeit der Ausschlussfrist – noch gerichtlich geltend gemacht werden.

Besonders bemerkenswert ist, dass sich das Urteil zunächst grundlegend mit der Frage beschäftigt, unter welchen Voraussetzungen die Vorschriften des Verjährungsrechts auf Ausschlussfristen anzuwenden sind. Die Entscheidung beschränkt sich mithin nicht auf die Wirkung von § 203 S. 1 BGB auf Ausschlussfristen, sondern behandelt – viel weitgehender und ohne Not – die Geltung des gesamten Abschnitts der §§ 194–218 BGB für Ausschlussfristen. Damit geht die praktische Bedeutung des Urteils weit über die Frage der Hemmung hinaus.

Der 5. Senat nähert sich der Anwendung von § 203 S. 1 BGB auf Ausschlussfristen in zwei Schritten: In einem ersten Schritt definiert er generelle Voraussetzungen, unter denen die §§ 194 ff. BGB auf Ausschlussfristen anzuwenden sein

\* Der Autor Naber ist Rechtsanwalt und Partner, der Autor Schulte Rechtsanwalt bei NEUWERK Rechtsanwälte, Hamburg. – Zugleich Bespr. der Entsch. des BAG, NZA 2018, 1402.